

n. 7/2016

Roma, maggio 2016

IL FALLIMENTO DEL TERZO DATORE D'IPOTECA: ESCLUSIONE DAL CONCORSO DEL
CREDITORE IPOTECARIO.

Nota di commento alla sentenza della Cassazione, I sezione civile, n. 2540 del 9 febbraio 2016.

1. Introduzione.

Con la sentenza n. 2540 del 9 febbraio 2016 la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi in ordine all'ammissibilità della domanda di insinuazione al passivo fallimentare del terzo datore di ipoteca da parte del creditore ipotecario¹.

Ad avviso della Suprema Corte, anche dopo la novella dell'art. 52, 2° co. 1. fall. operata dal D.lgs. n. 5 del 2006, l'ipoteca iscritta su beni compresi nel fallimento – ma a garanzia di debiti altrui – non attribuisce titolo al beneficiario della

1 La sentenza in commento ha statuito il seguente principio di diritto: *“I titolari di diritti d'ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, non possono – anche dopo la novella dell'art. 52, comma 2, l.fall., introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006 – avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo, di cui al capo V della l.fall., in quanto non sono creditori diretti del fallito e l'accertamento dei loro diritti non può essere sottoposto alle regole del concorso, senza che sia instaurato il contraddittorio con la parte che si assume loro debitrice, dovendosi, invece, avvalere, per la realizzazione delle loro pretese in sede esecutiva, delle modalità di cui agli artt. 602-604 c.p.c. in tema di espropriazione contro il terzo proprietario”* (Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 2540, 9 febbraio 2016).

garanzia ipotecaria per partecipare al concorso dei creditori, non essendo lo stesso un creditore diretto del fallito.

Ci troviamo di fronte alla questione della c.d. «responsabilità senza debito»² che si configura sulla base dello «scollegamento» nella nozione giuridica di obbligazione tra le categorie del debito e responsabilità.

Sul punto vi è contrasto sulle specifiche modalità realizzative da seguire in ambito concorsuale per il creditore privilegiato: attraverso la sua partecipazione al concorso formale con il mezzo tipico dell'insinuazione al passivo ovvero mediante la sua soddisfazione nella fase di liquidazione e riparto.

*

2. Il fallimento del terzo datore di ipoteca, ex art. 52 l. fall. ante novella.

Nella previgente formulazione della legge fallimentare, la giurisprudenza

2 La nozione di «responsabilità senza debito» è stata richiamata dalla stessa giurisprudenza formatasi sul punto: cfr. Cass. Civ. 19 maggio 2009, n. 11545, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 793; Cass. Civ. 30 gennaio 2009, n. 2429, in *Fall. e le altre procedure concorsuali*, Ipsoa, 2009, 1402.

maggioritaria³ aveva negato la possibilità per chi fosse titolare di ipoteca sui beni del fallito (terzo datore) di assoggettare le proprie ragioni al procedimento di verifica dei crediti, potendo invece intervenire direttamente in sede di riparto. L'argomento predominante a sostegno dell'orientamento citato era rinvenuto in una lettura rigorosa dell'art. 52, 2° co., 1. fall.⁴, che circoscriveva ai soli "crediti" l'accertamento nell'alveo del passivo fallimentare.

Ancora, la lettura combinata del 4° co. dell'art. 108 1. fall.⁵ che prevedeva, nella sua originaria formulazione, la notifica di un estratto dell'ordinanza di vendita sia ai creditori ammessi al passivo con diritto di prelazione, sia ai "creditori ipotecari iscritti", consentiva di identificare questi ultimi nella categoria dei "non creditori" beneficiari di ipoteca sui beni del fallito –

3 Cfr. *ex multis*: Cass. Civ. 19 maggio 2009, n. 11545, cit.; Cass. Civ. 30 gennaio 2009, n. 2429, cit.; Cass. Civ. 24 novembre 2000, n. 15186, in *Foro it.*; Cass. Civ. 8 gennaio 1970, n. 46, in *Dir. Fall.*, 1970, II, 754, in *Foro It.*, 1970, I, 825; Cass. Civ. 8 aprile 1965, n. 613, in *Foro It.*, 1965, I, 1032; Trib. Milano, 15 gennaio 1998, in *Il fall. e le altre procedure concorsuali*, 1998, 531; Trib. Roma, 10 aprile 1991, *ivi*, 1991, 1203; Trib. Torino, 9 maggio 1990, *ivi*, 284.

4 L'art. 52, 1. fall. ante riforma prevedeva espressamente: "Art. 52 – Concorso dei creditori. 1. Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito. 2. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge".

5 Il 4° co. dell'art. 108 1. fall., nella sua versione originaria: "Un estratto dell'ordinanza che dispone la vendita è notificato dal curatore a ciascuno dei creditori ammessi al passivo con diritto di prelazione sull'immobile, nonché ai creditori ipotecari iscritti".

esclusi dal rito della verifica – per consentire loro l'intervento nella fase di liquidazione e riparto.

Lo strumento cui poteva ricorrere il mero titolare della prelazione doveva consistere dunque in una domanda in sede di riparto, modellata sulla scorta dell'intervento ex art. 499 cod. proc. civ.

Parte della giurisprudenza di merito⁶, non si era tuttavia uniformata a tale orientamento, sostenendo l'opposta tesi della necessaria sottoposizione alla verifica del passivo dei crediti ipotecari iscritti, sulla base di due diverse argomentazioni:

i) l'una di carattere letterale, criticandosi l'approccio meramente formalistico della lettura del combinato disposto degli artt. 52 e 108 1. fall.;

ii) l'altra di carattere sistematico, posto che un intervento del nudo creditore ipotecario iscritto nella fase realizzativa si sarebbe posto in conflitto con il divieto, espresso dal previgente art. 51 1. fall.⁷, di esercizio di ogni azione individuale esecutiva sui beni compresi nel fallimento.

*

6 Per la tesi opposta (*ante riforma*) che sottopone la nuda prelazione al procedimento di verifica del passivo, cfr. tra le tante: Trib. Roma, 14 giugno 1997, in *Dir. Fall.*, 1997, II, 1052; Trib. Roma, 11 dicembre 1989, in *Il fall. e le altre procedure concorsuali*, 1990, 744; App. Venezia, 27 giugno 1986, *ivi*, 1987, 833.

7 In realtà tale tesi risulta maggiormente avvalorata con la novella dell'art. 51 1. fall., che ha esteso la portata del divieto non solo alle azioni esecutive individuali, ma anche cautelari ed altresì per i crediti maturati durante il fallimento.

3. Il fallimento del terzo datore di ipoteca, ex art. 52 l. fall. post novella.

L'intervento legislativo operato dal D.lgs. n. 5 del 2006 ha innovato la formulazione dell'art. 52, 2° co., l. fall.⁸ nell'assoggettare all'accertamento del passivo fallimentare non solo i "crediti", ma anche espressamente i "diritti reali o personali, mobiliari o immobiliari", ampliando di fatto il principio del concorso formale.

La novità risiede nell'aver ricompreso nel rito della verifica anche i diritti su beni immobili ai sensi del nuovo art. 103 l. fall., per cui è certo che chi intenda proporre domanda di rivendicazione o di restituzione di beni immobili dovrà ricorrere alla forma dell'insinuazione al passivo.

Con la riforma del 2006 viene meno il già menzionato 3° co. dell'art. 108 l. fall., articolo nel quale la Cassazione individuava la contrapposizione fra le categorie dei creditori del fallito ammessi al passivo ed i creditori iscritti, esclusi dal concorso formale.

A seguito della novella legislativa, nella giurisprudenza di merito, si è affermato il principio secondo cui in caso di fallimento del terzo datore d'ipoteca, il creditore ipotecario può avvalersi del procedimento di ammissione al passivo al fine di far valere il suo diritto di collocazione

⁸ La norma prevede ora espressamente: "Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'art. 111, primo comma, n. 1), nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge".

preferenziale sul ricavato della liquidazione fallimentare⁹. Ad avviso di tale orientamento, infatti, l'accertamento dei diritti dei terzi sui beni in possesso del fallito non è più limitato, come nella disciplina del '42, ai soli diritti reali mobiliari, ma riguarda anche i diritti reali e personali sui beni immobili e quindi lo stato passivo deve essere oggi concepito come un unitario strumento di accertamento anche delle pretese dei terzi verso il patrimonio fallimentare. Di talché i diritti reali di garanzia iscritti sui beni del fallito a favore di terzi non potranno di conseguenza sottrarsi a tale regime, non essendovi più eccezioni alla regola del concorso, neppure per i crediti derivanti da mutui fondiari, che dovranno sottostare alla stessa procedura, pur mantenendo il privilegio processuale relativo alla vendita all'asta.

La Suprema Corte¹⁰ ha poi evidenziato in un'ordinanza del 2011, come la riforma

⁹ Tribunale di Udine, 2° sezione civile, sentenza 24 maggio 2013, in *Fall.*, 2914, 5, 583: "ai sensi dell'art. 52 l. fall. in seguito alla modifica operata dalla riforma della legge fallimentare, devono essere sottoposti al procedimento di verifica dello stato passivo [...] anche ogni diritto reale e personale, mobiliare e immobiliare e quindi certamente anche le ipoteche iscritte sui beni a garanzia di un debito di un terzo, trattandosi di un diritto reale di garanzia, dato che il creditore ipotecario altrimenti non potrebbe poi partecipare in sede di riparto al soddisfacimento del suo credito, una volta verificatosi l'effetto purgativo derivante dalla vendita all'incanto del bene e alla cancellazione dell'ipoteca da parte del giudice delegato"; conf: Trib. Milano, 25 febbraio 2008, inedita.

¹⁰ Cass. Civ., Sez. VI, ord., 11 febbraio 2011, n. 3648, in *Il fall. e le altre procedure concorsuali*: "(...) dalla evidente non pertinenza del richiamo alla

del 2006, innovando la formulazione dell'art. 52 l. fall., abbia ampliato il principio del concorso formale. Tuttavia, con una motivazione piuttosto "snella", non ha esaminato la portata delle modifiche della novella fallimentare, ritenendo che ove il fallito abbia costituito ipoteca sui beni concessi a garanzia di un debito di terzo, la questione "sull'abilitazione" del creditore titolare del diritto di prelazione a partecipare al concorso dei creditori ex art. 52 l. fall. sia superata se nel fallito stesso si concentrino le qualità, oltre che di terzo datore di ipoteca, anche di debitore del creditore ipotecario per avere rilasciato una fideiussione nell'interesse del mutuatario; cioè il creditore si potrà insinuare solo se il terzo datore fallito sia anche fideiussore rispondendo per un debito proprio.

*

4. Conclusioni.

Riprendendo la premessa, si è detto che con la sentenza in commento la S.C.,

giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 2429 e n. 11545 del 2009) per la quale la mera titolarità di prelazione ipotecaria su immobili non abilita il garantito al concorso, ex art. 52 l.fall. in difetto della necessaria sua veste di creditore del fallito. La non pertinenza del richiamo, e la conseguente erronea conclusione che se ne trae, discende dal fatto, indicato nella stessa premessa della relazione ed emergente ex actis, che nella persona dello S., fallito in estensione, si concentravano le posizioni sia di terzo datore di ipoteca sia di fideiussore della L. a beneficio del creditore Banca M. E la evidenza della suddetta condizione del fallito, di debitore del creditore ipotecario, dispensa dall'esame della questione della portata dell'art. 52, comma 2, l.fall. dopo la modifica (nonché ogni diritto reale o personale...) apportata dall'art. 49 D.Lgs. n. 5 del 2006 (e confermata dall'art. 4 D.Lgs. n. 169 del 2007)".

anche dopo la novella dell'art. 52 l. fall., ha ritenuto che i creditori titolari di un diritto di ipoteca sui beni immobili, costituiti in garanzia dei crediti di terzi diversi dal fallito, non possano far accertare i propri diritti secondo le regole del concorso e debbano avvalersi, per la realizzazione dei loro diritti in sede esecutiva, delle modalità di cui agli artt. 602-604 cod. proc. civ. Ad avviso della Cassazione, infatti, il riferimento ai "diritti reali" di cui al nuovo art. 52, co. 2° l. fall., non può riferirsi ai diritti reali di garanzia costituiti dal terzo non debitore (o terzo datore della garanzia), che si pongono al di fuori dello stato passivo perché il terzo "non è creditore diretto del fallito".

Ciò anche - a differenza di quanto precedentemente statuito nell'ordinanza del 2011 sopra richiamata - quando nel fallito si concentrino le qualità di terzo datore di ipoteca e di fideiussore. Infatti ad avviso della Corte, la disciplina vigente in tema di garanzie del credito non esclude l'ammissibilità del concorso di una garanzia personale con una garanzia reale rispetto al medesimo credito, restando ferma la duplicità del rapporto di garanzia (personale e reale) e la loro autonoma coesistenza, ma risultando unico il credito garantito¹¹.

11 Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 2540, 9 febbraio 2016: "I mezzi, esaminati nel loro complesso, sono infondati, atteso che essi non fanno rispettosa applicazione del principio di diritto, elaborato da questa Corte, ed espresso nella massima a tenore della quale: «La disciplina vigente in tema di garanzie del credito non esclude l'ammissibilità del concorso di una garanzia personale con una garanzia reale rispetto al medesimo credito; pertanto, l'eventuale costituzione di pegno, in

Tale impostazione fa sorgere qualche **perplessità**, sia alla luce del tenore letterale del nuovo art. 52 l. fall, che fa esplicito riferimento ai diritti reali immobiliari, sia in ragione della lettura sistematica della novellata legge fallimentare, ove la verifica del passivo ex art. 92 e ss. l. fall. si pone come strumento funzionale ad un accertamento unitario dei diritti vantati da creditori e da terzi sui beni acquisiti dal fallimento.

L'esclusione dal concorso del creditore titolare del diritto di prelazione pone, altresì, un duplice rischio:

(i) nei riguardi degli altri creditori concorrenti, che potrebbero vedere soddisfatto in via del tutto preferenziale sul ricavato della vendita il titolare di una garanzia ipotecaria, anche qualora il suo credito sia estinto o fondato su un titolo invalido, inesistente o inefficace ¹² in quanto escluso dal procedimento di accertamento del passivo;

(ii) nei riguardi del creditore privilegiato del terzo datore di ipoteca poi fallito, poiché l'esclusione dello stesso dal concorso fallimentare ed il suo intervento nella sola sede di riparto, comporta l'impossibilità di esercitare ogni "controllo" sui diritti degli altri creditori, già ammessi al passivo con la definitività

linea astratta, non fa venire meno la garanzia fideiussoria eventualmente già assunta a favore dello stesso creditore e per il medesimo credito»".

12 Sul punto, V. Cederle, "La nuda prelazione ipotecaria nel nuovo procedimento di accertamento del passivo", in *Il fall. e le altre procedure concorsuali*, 2011/7.

sancita dall'efficacia endofallimentare del relativo provvedimento.

Nonostante l'ultimo dictum della Suprema Corte in commento, si ritiene comunque che la miglior tutela per i creditori titolari di ipoteca sui beni immobili costituiti in garanzia dei crediti di terzi diversi dal fallito, rimanga in ogni caso quella "ordinaria" dell'insinuazione al passivo fallimentare.

La partecipazione al concorso formale attraverso il mezzo tipico dell'insinuazione garantisce infatti a tutti gli effetti la *par condicio creditorum* e ciò in linea con la finalità della novella, che rafforza la dimensione oggettiva e patrimoniale della responsabilità conseguente all'insolvenza¹³.

Avv. Federica Piubelli
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Roma

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.

13 Cfr. sul punto, F. Lamanna, "Il nuovo procedimento di accertamento del passivo", Milano, 2006, 257 e ss., il quale ricorda che ai sensi del combinato disposto del nuovo art. 52, 2° co. l. fall e art. 111 bis l. fall, sono attratti alla verifica anche crediti non vantati direttamente verso il fallito, ma contratti dal curatore nell'interesse della massa, smentendo quindi l'assunto secondo il quale il concorso dei creditori è riservato solo a chi sia tale nei confronti del fallito.